

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25387/2016

ACJC/291/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 13 MARS 2017

Entre

A _____, **EN LIQUIDATION**, sise _____ Genève, recourante contre un jugement rendu par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 2 février 2017, comparant par Me François D _____, avocat, rue Bellot 2, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ SA, sise _____ Genève, intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, ainsi qu'à l'Office des faillites, à l'Office des poursuites, au Registre du commerce et au Registre foncier, par plis recommandés du 27.03.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/1410/2017 du 2 février 2017, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a déclaré irrecevable la requête tendant à l'octroi d'un délai supplémentaire formée le 27 janvier 2017 par A_____, EN LIQUIDATION (ch. 1 du dispositif), prononcé la faillite de cette dernière le même jour à 14h30 (ch. 2) et l'a condamnée à payer à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 200 fr. à titre de frais judiciaires (ch. 3).

En substance, le Tribunal a retenu qu'à teneur du bilan au 30 novembre 2016, la société présentait un état de surendettement de 36'405 fr., de sorte que sa faillite devait être prononcée.

- B. a.** Par acte expédié le 13 février 2017 au greffe de la Cour de justice, A_____, EN LIQUIDATION (ci-après : A_____) a formé recours contre ce jugement, sollicitant son annulation.

Elle a préalablement requis la suspension du caractère exécutoire de la décision entreprise, conclusion à laquelle la Cour a fait droit le 28 février 2017 (ES/_____/2017).

A_____ a produit de nouvelles pièces, soit une convention de postposition conclue le 8 février 2017 entre elle et B_____ (pièce n. 3), un courrier adressé par elle à C_____ le 10 février 2017 (pièce n. 4), des attestations de l'Etude D_____ & ASSOCIES, de E_____ SA et de C_____ des 9 février 2017 (pièces n. 5 à 7), un extrait du registre de l'Office des poursuites du 9 février 2017 (pièce n. 8) et une quittance de paiement du même Office du 10 février 2017 (pièce n. 9).

b. Par courriers des 27 février et 2 mars 2017, B_____ SA a indiqué à la Cour qu'au vu des paiements récents effectués par A_____ et de la convention de postposition conclue, sa requête d'avis de surendettement du 19 décembre 2016 n'avait plus lieu d'être.

c. Les parties ont été avisées par plis du greffe du 3 mars 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____ est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le 26 septembre 2007. Elle a pour but l'affrètement de navires, le transport maritime de tous biens, notamment des matières premières, la

participation à des armements maritimes, l'armement et la gestion de navires pour son compte ou le compte de tiers, l'agence maritime et les logistiques.

b. Le 13 novembre 2014, l'assemblée générale de A_____ a dissous la société. Celle-ci est entrée en liquidation.

c. Le 4 janvier 2016, B_____ SA, organe de révision de A_____, a établi un bilan intermédiaire au 31 décembre 2014 aux valeurs de liquidation. Il en résulte des actifs de 6'216 fr. et des passifs de 866'218 fr., soit un surendettement de 860'002 fr.

d. Le bilan intermédiaire provisoire au 31 décembre 2015, également établi par B_____ SA, laisse apparaître des actifs de 50'956 fr. et des passifs de 100'926 fr., de sorte que le surendettement est de 49'970 fr.

Il ressort par ailleurs du bilan intermédiaire provisoire du 30 novembre 2016 que la société est surendettée à hauteur de 36'405 fr., les actifs s'élevant à 6'373 fr. et les passifs à 42'778 fr.

e. Par courrier du 9 décembre 2016, B_____ SA a informé C_____, liquidateur de A_____ de ce que l'actif ne couvrait plus les dettes, tel que cela ressortait du bilan intermédiaire au 31 décembre 2015, situation confirmée par le projet de bilan arrêté au 30 novembre 2016. Les mesures requises par elle, soit la postposition de créance par B_____ et l'engagement de la couverture et du paiement des frais de liquidation par l'ayant-droit économique de la société n'ayant pas été prises, le paiement de toutes les créances de la société jusqu'à la fin de la liquidation n'était plus garanti. B_____ SA l'a ainsi rendue attentive à son obligation d'aviser le juge de son surendettement.

f. Le 19 décembre 2016, B_____ SA a avisé le Tribunal du surendettement de A_____.

g. A_____ ne s'est pas déterminée dans les délais fixés par ordonnances des 21 décembre 2016 et 13 janvier 2017 du Tribunal.

h. Par acte du 27 janvier 2017, A_____ a fait valoir sa position et a requis l'octroi d'un délai supplémentaire pour répondre.

Sur quoi le jugement entrepris a été prononcé.

EN DROIT

- 1. 1.1** S'agissant d'une procédure de faillite, seule la voie du recours est ouverte (art. 309 let. b ch. 7 et 319 let. a CPC; art. 174 al. 1, art. 194 al. 1 LP).

1.2 Interjeté dans le délai de dix jours prévu par la loi (art. 142 al. 1 et 3, art. 145 al. 2 let. b, art. 321 al. 2 CPC) et selon la forme prescrite (art. 321 al. 1 CPC), le recours est recevable.

2. La procédure sommaire est applicable (art. 251 let. a CPC) et le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 255 let. a CPC).

Le Tribunal a ainsi le devoir d'éclaircir les faits et de prendre en considération tous les faits d'office, mais cela ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_778/2015 du 16 décembre 2015 consid. 3.4; 5A_219/2014 du 26 juin 2014 consid. 4.2.2; BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 5 ad art. 255 CPC). Il doit s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuves sont complètes s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes à cet égard (ATF 125 III 231 consid. 4a; 107 II 233 consid. 2c; arrêt du Tribunal fédéral 5A_953/2012 du 30 janvier 2013 consid. 4.2).

3. **3.1** Dans le cadre d'un recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Les dispositions spéciales de la loi sont réservées (al. 2).

A teneur de l'art. 174 al. 1, 2ème phrase LP, les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance. Ainsi, par exception au principe général de l'art. 326 al. 1 CPC, les parties peuvent alléguer des pseudos-nova sans restriction. L'expression "faits nouveaux" doit être comprise dans un sens technique : elle englobe aussi bien les allégués de fait que les offres de preuves (art. 174 al. 1 LP; arrêt du Tribunal fédéral 5P.263/2003 du 25 août 2003 consid. 3.3.1).

Conformément à l'art. 174 al. 2 LP, la prise en considération de vrais nova - à savoir des faits qui sont intervenus après l'ouverture de la faillite en première instance - est soumise à une double condition très stricte : seuls certains faits peuvent être retenus et le débiteur doit à nouveau être solvable (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2ème éd., 2010, p. 274). S'agissant des faits qui peuvent être pris en considération, le débiteur doit établir par titre soit que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais (art. 174 al. 2 ch. 1 LP), soit que le montant de la dette a été déposé à l'intention du créancier entre les mains de l'autorité de recours (art. 174 al. 2 ch. 2 LP), soit encore que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (art. 174 al. 2 ch. 3 LP). Les vrais nova doivent également être produits avant l'expiration du délai de recours (ATF 139 III 491 consid. 4;

136 III 294 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_606/2014 du 19 novembre 2014 consid. 4.2 et les références).

3.2 En l'espèce, la recourante a produit avec son recours sept pièces non soumises au Tribunal, lesquelles ont toutes été établies postérieurement au prononcé du jugement entrepris et constituent de vrais nova. Elles portent notamment sur le paiement de dettes de la recourante, sur la remise d'une dette (postposition) et sur le paiement à l'Office des faillites de frais en relation avec les procédures de recours, de sorte qu'elles sont recevables, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

4. 4.1 Selon l'art. 738 CO, la société dissoute entre en liquidation, sauf cas de fusion, de division ou de transfert de patrimoine à une corporation de droit public.

Les liquidateurs terminent les affaires courantes, recouvrent, au besoin, les versements non encore opérés sur les actions, réalisent l'actif et exécutent les engagements de la société, à moins qu'il ne ressorte du bilan et de l'appel aux créanciers que l'actif ne couvre plus les dettes (art. 743 al. 1 CO). Si l'actif ne couvre plus les dettes, ils en informent le juge. Celui-ci déclare la faillite (art. 743 al. 2 CO). Lorsque la liquidation se prolonge, les liquidateurs sont tenus de dresser des bilans intérimaires (art. 743 al. 5 CO).

4.2 L'art. 192 LP prévoit que la faillite est prononcée d'office sans poursuite préalable dans les cas prévus par la loi, soit en particulier les art. 725 et 725a CO (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_269/2010 du 3 septembre 2010 consid. 3; SPÜHLER/DOLGE, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 6ème éd., 2014, nos 75 s. p. 25 s.). Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. Si le conseil d'administration omet d'aviser le juge, cette tâche incombera notamment à l'organe de révision en cas de surendettement manifeste (art. 728c al. 3, 729c CO; arrêt du Tribunal fédéral 5A_867/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.1 non publié aux ATF 142 III 364; ATF 120 II 425). Tel est également le cas si les liquidateurs omettent d'y procéder (art. 743 al. 2 CO), lorsque la société est en liquidation.

Pour permettre au juge de statuer sur la base de l'art. 725a CO, l'avis d'insolvabilité que lui adresse le conseil d'administration - respectivement le liquidateur, lorsque la société a été mise en liquidation - conformément à l'art. 725

al. 2 CO doit être accompagné du bilan intermédiaire, contenant l'estimation des actifs à leur valeur vénale, et de la vérification de l'organe de contrôle (GIROUD, *Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft*, Zurich 1986, p. 62, 71; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 50 n. 223). De tels documents, établis dans l'intérêt des créanciers et de la collectivité (ATF 121 III 420 consid. 3/a), s'avèrent indispensables lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un éventuel ajournement de la faillite (ATF 120 II 425 = SJ 1995 p. 353; ZR 1995 n. 50). Ils sont également requis pour le prononcé de la faillite à la demande du conseil d'administration, ainsi que l'a relevé la Cour dans un arrêt non publié (ACJC/227/2004 du 26 février 2004 consid. 3a), respectivement du liquidateur. Il importe en effet d'éviter que, sous le couvert d'un surendettement inexistant, le conseil d'administration, respectivement le liquidateur, ne puisse provoquer la faillite de la société en contrevenant au droit de dissolution appartenant à l'assemblée générale des actionnaires en vertu de l'art. 736 ch. 2 CO.

Néanmoins, comme déjà dit, les prescriptions de l'art. 725 al. 2 CO ont été édictées dans l'intérêt des créanciers et de la collectivité. Il convient en effet de veiller à ce que les créanciers d'une société surendettée soient traités de manière égale. Pour la protection du public, il faut aussi éviter qu'une société surendettée ne puisse poursuivre ses activités, en contractant de nouvelles dettes, jusqu'à épuisement complet de ses actifs (GIROUD, *op. cit.*, p. 55-56; KOEFERLI, *Der Sanierer einer Aktiengesellschaft*, Zurich 1994, p. 148).

4.3 Dans le présent cas, il ressort des bilans intermédiaires au 31 décembre 2014, 31 décembre 2015 et 30 novembre 2016 que la société était surendettée. La Cour retient toutefois que le montant du surendettement s'est amoindri depuis décembre 2014, dès lors qu'il s'élevait, à cette date, à 860'002 fr., pour s'établir à 49'970 fr. au 31 décembre 2015 puis à 36'405 fr. au 30 novembre 2016. Il ressort par ailleurs des titres versés à la présente procédure de recours que le créancier B_____ a conclu une convention de postposition le 9 février 2017, portant sur une somme de 15'778 fr. Par ailleurs, les trois autres créanciers de la recourante ont tous été désintéressés. L'extrait du registre des poursuites confirme que la recourante ne fait l'objet d'aucune poursuite en cours ni d'acte de défaut de biens.

Enfin, l'intimée, laquelle avait avisé le juge du surendettement de la recourante et requis le prononcé de la faillite, a précisé qu'au vu des paiements opérés par la recourante et de la convention de postposition conclue, sa requête n'avait plus de raison d'être. Il s'ensuit que la recourante ne se trouve plus en état de surendettement.

Compte tenu de ces faits nouveaux, il se justifie de révoquer la faillite de la recourante, afin qu'elle termine sa liquidation.

Le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris sera, par conséquent, annulé.

5. La révocation de la faillite étant motivée par des nova au sens de l'art. 174 al. 2 LP, il se justifie de laisser les frais des deux instances à charge de la recourante, ceux de première instance, non contestés, ont été fixés à 200 fr., et la recourante condamnée à les verser à l'Etat de Genève (ch. 3 du dispositif du jugement) et ceux de la seconde instance étant arrêtés à 450 fr., compensés avec l'avance de frais de 450 fr. opérée par la recourante, acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'intimée, comparant en personne, ayant seulement indiqué qu'au vu des démarches entreprises par la recourante sa requête déposée au Tribunal n'avait plus d'objet, il ne se justifie pas de lui allouer des dépens (art. 95 al. 3 let. c CPC a contrario).

6. La présente décision s'inscrit dans une procédure de faillite sujette au recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 et 2 let. a LTF), indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. d LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 13 février 2017 par A_____, EN LIQUIDATION contre le jugement JTPI/1410/2017 rendu le 2 février 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25387/2016-9 SFC.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif de ce jugement.

Cela fait et statuant à nouveau sur ce point :

Révoque la faillite de A_____, EN LIQUIDATION.

Confirme le jugement pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 450 fr., les met à la charge de A_____, EN LIQUIDATION et les compense avec l'avance de frais fournie, acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

La présidente :

Pauline ERARD

Le commis-greffier :

David VAZQUEZ

Indication des voies de recours:

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.